# Die Konkurrenzklausel

nach dem

# Neuen Handelsgesetzbuch.

---

Inauguraldissertation

behufs

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der K. Universität zu Tübingen

vorgelegt

von

Rechtsanwalt Hermann Steiner

in Stuttgart.

(1898)

Druck des Süddeutschen Verlags-Instituts in Stuttgart.

# Die Konkurrenzklausel

nach dem

# Neuen Handelsgesetzbuch.

---

## Inauguraldissertation

behufs

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der K. Universität zu Tübingen

vorgelegt

von

Rechtsanwalt Hermann Steiner

in Stuttgart.



Druck des Süddeutschen Verlags-Instituts in Stuttgart.

## I.

Das neue Handelsgesetzbuch tritt hinsichtlich eines kleinen Teils schon am 1. Januar 1898 in Kraft. Der sechste Abschnitt des I. Buches, welcher von den Handlungsgehilfen und Handlungslehrlingen handelt, soll im Hinblick auf seine neuen Schutzbestimmungen den Arbeitnehmern möglichst bald zu gut kommen. Eine der wesentlichsten Bestimmungen dieser Art ist die Neugestaltung der sogenannten Konkurrenzklausel; die Frage ihrer Grenzregulierung, in sozialpolitischem Boden wurzelnd, war und blieb die vielumstrittenste. Mit dieser Konkurrenzklausel im engeren Sinn beschäftigt sich gegenwärtige Abhandlung; hienach bleibt außer Betracht das allgemeine Gebiet des Konkurrenzverbots im Handelsverkehr, und auch hinsichtlich der Handlungsgehilfen werden nur untersucht diejenigen Bestimmungen, welche bezüglich der Beschränkung ihrer gewerblichen Thätigkeit für die Zeit **nach** der Beendigung des Dienstverhältnisses aufgestellt worden sind.

Das schon bisher im Handelsgesetzbuch aufgestellt gewesene Verbot des eigenen Handelsbetriebs durch den Handlungsgehilfen **während** des Dienstverhältnisses, die Berechtigung der Konkurrenzklausel innerhalb dieses Rahmens ist allseitig unangefochten geblieben und hat durch das neue Handelsgesetzbuch in den §§ 60 und 61 nur hinsichtlich einiger Punkte eine präzisere Fassung erfahren; im Prinzip sind die Bestimmungen mit dem bisherigen Artikel 59 des Handelsgesetzbuches

die gleichen geblieben. Eine nicht unwesentliche, sozialpolitisch aber auch weit mehr angefochtene Erweiterung des Konkurrenzverbots **während** des Dienstverhältnisses ist durch § 9 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896 (R. G. B. S. 147) geschaffen worden; hier ist nur von Interesse, zu konstatieren, daß eine im Entwurf geplant gewesene Ausdehnung des § 9 des cit. Gesetzes über die Zeit des Dienstverhältnisses hinaus nicht Gesetz geworden ist und daß daher für die Konkurrenzthätigkeit jeder Art **nach** Beendigung des Dienstverhältnisses nur die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 74 und 75 des neuen Handelsgesetzbuches in Betracht kommen.

## II.

Die Zulässigkeit der hier behandelten Konkurrenzklausel bewegte sich auch innerhalb des bisher geltenden Rechts nicht in absolut festen Grenzen. Zwei Grenzpfähle allerdings, ein altrömischer und ein moderner, setzten sich einer gar zu schrankenlosen Ausdehnung der Konkurrenzklausel in den Weg; auf der einen Seite bildeten die im römischen Recht enthaltenen Sätze mit ihrer dauernden Wirksamkeit für alle Kulturrechte: turpes stipulationes nullius esse momenti (l. 26 D. XLV. 1) und jus publicum privatorum pactis mutari non potest (l. 38 D. II. 14) das Hemmnis, auf der andern Seite erhob sich als Grenzstein das Fundament der modernen Gewerbeordnung, die Gewerbefreiheit.

Innerhalb dieser Schranken blieb noch ein reichlicher Raum für schwankende Meinungen und so zeigt denn auch die Judikatur der letzten Dezennien kein durchaus einheitliches Bild. Dies ist kaum anders möglich, denn der Boden, auf welchem die boni mores die ausschlaggebende Entscheidung

geben, ist kein fester. Tempora mutantur et boni mores mutantur in illis.

Die wesentlichen Grundsätze des bisher in Geltung befindlichen Rechts lassen sich folgendermaßen feststellen:

a) Unzulässig ist die unbeschränkte Preisgabe der ganzen physischen und geistigen Kraft zu Gunsten des Prinzipals. Das Reichsgericht steht, wie die Denkschrift zum neuen Handelsgesetzbuch sagt, im allgemeinen auf dem Standpunkt, daß die Konkurrenzklausel dann als unverbindlich zu betrachten sei, wenn sie sich als eine gegen Sittlichkeit und öffentliche Ordnung verstoßende Beseitigung der Freiheit wirtschaftlicher Selbstbethätigung darstelle.

   Vergl.: B. Mugdan, Materialien zum Handelsgesetzbuch (VI. Bd. der gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen). Decker's Verlag, Berlin 1897, S. 241.

b) Räumlich und zeitlich beschränkte Konkurrenzklauseln sind für die Regel als giltig anzusehen; auch eine Beschränkung in der einen oder anderen Richtung erscheint als genügend, sofern nur räumlich oder zeitlich der Kreis der Beschränkung eng genug gezogen ist.

c) Die Konkurrenzklausel kann ohne Rücksicht darauf, von wem die Kündigung ausgeht, giltig stipuliert werden; ja sie kann selbst für den Fall, daß die Beendigung des Dienstverhältnisses durch berechtigte vorzeitige Kündigung wegen schuldhaften Verhaltens des Prinzipals eintritt, wirksam vereinbart werden.

d) Hinsichtlich der Folgen der Verletzung der Konkurrenzklausel war der freien Stipulation keine Schranke gesetzt. Der Prinzipal konnte sich bis heute ungestört

ausbedingen, daß er das Recht habe, von dem Gehilfen neben strikter Erfüllung des Vertrags die Zahlung der Konventionalstrafe und des eventuell erweislich höheren Schadens zu verlangen.

e) Im Hinblick auf die Möglichkeit sehr rigoroser Ausgestaltung der Konkurrenzklausel und ihre Pönalnatur ist der Grundsatz einer möglichst einschränkenden Auslegung eingehalten worden.

Von der überreichen Judikatur, aus der sich die vorstehenden Fundamentalsätze ableiten lassen, genügt es, folgende Entscheidungen zu zitieren:

R. O. H. G., Bd. VII, Nr. 108, — Bd. XII, Nr. 9, Bd. XVIII, Nr. 25, — Bd. XXI, Nr. 85;
R. G. R., Bd. I, Nr. 11, — Bd. XX, Nr. 21, — Bd. XXVI, Nr. 27;
Jahrbücher für Württ. Rechtspflege, Bd. V, S. 286.

## III.

Die §§ 74 und 75 des neuen Handelsgesetzbuches sind nunmehr bestimmt, mit Wirkung vom 1. Januar 1898 an die Konkurrenzklausel zu regeln. Die zum Gesetz gewordenen Bestimmungen sind aus heißem Kampf hervorgegangen; wollten die einen die Verträge mit Konkurrenzklauseln radikal für rechtsunverbindlich und nichtig erklären, so bemühten sich andere, den Herren von Handel und Gewerbe das Schutzgebiet für Erfindungen, Geschäftseinrichtungen und mühsam erworbene Bezugs- und Kundenkreise nicht ganz abgraben zu lassen. Die Tendenz des neuen Handelsgesetzbuches, das Geltungsgebiet der Konkurrenzklausel zu Gunsten der Gehilfen wesentlich einzuschränken, hat zweifellos gesiegt; ob und inwie-

weit es dem Gesetzgeber gelungen ist, mit seinen Bestimmungen durchweg den angestrebten Zweck zu erreichen, mögen die folgenden Erörterungen darthun.

Es empfiehlt sich, hier eine kurze Darstellung des Zustandekommens der zum Gesetz gewordenen Bestimmungen vorauszuschicken.

Der erste Entwurf zum neuen Handelsgesetzbuch (amtliche Ausgabe, aufgestellt im Reichs-Justizamt, Guttentag, Berlin, 1896) enthielt nur folgende in einem Paragraphen zusammengefaßte Bestimmung:

§ 67. Eine Vereinbarung zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehilfen, durch welche dieser für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Thätigkeit beschränkt wird, ist für den Handlungsgehilfen nur insoweit verbindlich, als die Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreitet, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehilfen ausgeschlossen wird.

Löst der Prinzipal, ohne daß in der Person des Handlungsgehilfen ein genügender Grund vorliegt, das Dienstverhältnis auf, oder giebt er durch vertragswidriges Verhalten dem Handlungsgehilfen Veranlassung zur Auflösung des Dienstverhältnisses, so kann er aus einer Vereinbarung der im Absatz 1 bezeichneten Art Ansprüche nicht geltend machen. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist nichtig.

Die sodann an den Reichstag gelangte Vorlage brachte — hauptsächlich infolge der durch die Verhandlungen des 23. deutschen Handelstages zu Berlin vom 15. und 16. Oktober 1896 gegebenen Anregungen — einige nicht unwesentliche Erweiterungen; dieselbe behandelte die Konkurrenzklausel in folgenden zwei Paragraphen:

§ 73. Eine Vereinbarung zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehilfen, durch welche dieser für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Thätigkeit beschränkt wird, ist für den Handlungsgehilfen nur insoweit ver-

bindlich, als die Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreitet, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehilfen ausgeschlossen wird.

Die Vereinbarung ist nichtig, wenn der Handlungsgehilfe zur Zeit des Abschlusses minderjährig ist.

§ 74. Kündigt der Prinzipal das Dienstverhältnis, ohne daß ein von ihm nicht verschuldeter erheblicher Anlaß vorliegt, oder giebt er durch vertragswidriges Verhalten dem Handlungsgehilfen Grund, das Dienstverhältnis gemäß den Vorschriften der §§ 69, 70 aufzulösen, so kann er aus einer Vereinbarung der im § 73 bezeichneten Art Ansprüche nicht geltend machen.

Hat der Handlungsgehilfe für den Fall, daß er die in der Vereinbarung übernommene Verpflichtung nicht erfüllt, eine Strafe versprochen, so kann der Prinzipal nur die verwirkte Strafe verlangen; der Anspruch auf Erfüllung oder auf Ersatz eines weiteren Schadens ist ausgeschlossen. Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Herabsetzung einer unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe bleiben unberührt.

Vereinbarungen, welche diesen Vorschriften zuwiderlaufen, sind nichtig.

Neu hinzugekommen war hienach der zweite Absatz des § 73 hinsichtlich der minderjährigen Handlungsgehilfen und § 74 brachte in veränderter Redaktion den bisherigen zweiten Absatz des § 67, sowie weiterhin ganz neu die Bestimmung über den Ausschluß des Erfüllungsbegehrens im Falle der Stipulation einer Konventionalstrafe.

Die erste Beratung des Entwurfs des neuen Handelsgesetzbuchs im Plenum des Reichstags fand in der Zeit vom 8. bis 10. Februar 1897 statt und endigte mit der Ueberweisung der Vorlage an eine Kommission von 21 Mitgliedern.

Bei der Beratung im Plenum wurde hauptsächlich bemängelt, daß durch die Einführung des sehr dehnbaren Begriffes der „unbilligen Erschwerung“ dem Ermessen des

Richters ein zu großer Spielraum eingeräumt werde; es wurden daher bestimmte Direktiven für das richterliche Ermessen als wünschenswert bezeichnet und in dieser Richtung speziell angeregt die Fortzahlung des Gehalts während der Dauer des Konkurrenzverbots, die zeitliche Begrenzung der Konkurrenzklausel und endlich deren prinzipielle Zulassung nur bei höher bezahlten Handlungsgehilfen.

Vergl.: Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags. Berlin 1897, VI. Bd., S. 4560, 4564, 4584, 4600.

Die Beratung in der Kommission förderte außer den schon im Plenum gegebenen Anregungen noch eine ganze Reihe weiterer Wünsche zu Tage. Neben dem radikalsten Antrag, die Konkurrenzklausel überhaupt zu verbieten, weil es an sich unsittlich sei, das Fortkommen eines Handlungsgehilfen über die Dauer des Dienstvertrags hinaus zu erschweren, fanden sich Anträge, welche das Verbot nur bezüglich des Eintritts in ein Geschäft gleicher Branche innerhalb der Entfernung von einem Kilometer, oder nur hinsichtlich der mißbräuchlichen Verwertung erlangter Kenntnisse zulassen und welche weiterhin die Konventionalstrafe keinesfalls die Hälfte des Jahresgehalts des vertragsschließenden Handlungsgehilfen übersteigen lassen wollten.

Die Kommission lehnte jedoch die sämtlichen Abänderungsanträge zu § 73 ab und hielt die Regierungsvorlage mit dem einen Zusatz aufrecht, daß *eine Beschränkung der gewerblichen Thätigkeit nur bis zur Zeitdauer von drei Jahren zulässig sei.*

Vergl.: *Mugdan*, Materialien, S. 565 fgg.

Zu § 74 wurde in zweiter Lesung der Kommission eine Veränderung der Vorlage dahin angenommen, daß der Prinzipal auch im Falle einer von ihm ausgehenden Kündigung unter allen Umständen die Möglichkeit haben solle, *die Kon-*

kurrenzklausel für die Dauer der vertragsmäßigen Beschränkung durch Fortzahlung des Gehalts aufrecht zu erhalten.

Vergl.: Mugdan, Materialien, S. 569.

In der zweiten Beratung im Plenum des Reichstags wurden sodann, nachdem noch einmal die sich bekämpfenden Parteien hart aneinander geraten waren, §§ 73 und 74 nach den Vorschlägen der Kommission angenommen.

Vergl.: Mugdan, Materialien, S. 696 und 697.

In der dritten Beratung im Plenum des Reichstags endlich erfolgte einstimmig die en bloc-Annahme des ganzen Entwurfs, wie er aus der zweiten Beratung des Plenum hervorgegangen war.

Vergl.: Stenographische Berichte, Berlin 1897, VII. Bd., S. 5586.

Der Wortlaut der die Konkurrenzklausel regelnden Bestimmungen im Gesetz geht nunmehr dahin:

§ 74. Eine Vereinbarung zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehilfen, durch welche dieser für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Thätigkeit beschränkt wird, ist für den Handlungsgehilfen nur insoweit verbindlich, als die Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreitet, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehilfen ausgeschlossen wird.

Die Beschränkung kann nicht auf einen Zeitraum von mehr als drei Jahren von der Beendigung des Dienstverhältnisses an erstreckt werden.

Die Vereinbarung ist nichtig, wenn der Handlungsgehilfe zur Zeit des Abschlusses minderjährig ist.

§ 75. Giebt der Prinzipal durch vertragswidriges Verhalten dem Handlungsgehilfen Grund, das Dienstverhältnis gemäß den Vorschriften der §§ 70, 71 aufzulösen, so kann er aus einer Vereinbarung der im § 74 bezeichneten Art Ansprüche nicht

geltend machen. Das Gleiche gilt, wenn der Prinzipal das Dienstverhältnis kündigt, es sei denn, daß für die Kündigung ein erheblicher Anlaß vorliegt, den er nicht verschuldet hat, oder daß während der Dauer der Beschränkung dem Handlungsgehilfen das zuletzt von ihm bezogene Gehalt fortgezahlt wird.

Hat der Handlungsgehilfe für den Fall, daß er die in der Vereinbarung übernommene Verpflichtung nicht erfüllt, eine Strafe versprochen, so kann der Prinzipal nur die verwirkte Strafe verlangen; der Anspruch auf Erfüllung oder auf Ersatz eines weiteren Schadens ist ausgeschlossen. Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Herabsetzung einer unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe bleiben unberührt.

Vereinbarungen, welche diesen Vorschriften zuwiderlaufen, sind nichtig.

Die Einschränkung, welche die Konkurrenzklausel auf Grund dieser neuen Bestimmungen erfahren, hat eine vierfache Richtung, nämlich hinsichtlich

a) des Personenkreises,
b) des Grunds und der Seite der Auflösung,
c) des Inhalts der Klausel selbst und
d) hinsichtlich der Folgen der Klauselübertretung.

## IV.

Nach der Vorschrift des § 74 Absatz 3 sind Konkurrenzklausel-Vereinbarungen unbedingt nichtig, wenn der Handlungsgehilfe zur Zeit des Abschlusses noch minderjährig war. Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann es keinem Zweifel unterliegen, daß diese Nichtigkeit der Vereinbarung auch nicht dadurch beseitigt werden kann, daß der Vormund für den minderjährigen Gehilfen kontrahiert. Das Gesetz wollte eben schlechthin den Gehilfen, solange er nicht volljährig ist, vor einer vertragsmäßigen Beschränkung seiner künftigen gewerblichen Thätigkeit

schützen. Die Denkschrift zum Entwurf des neuen Handelsgesetzbuchs

vergl.: Mugdan, Materialien, S. 242 fgg.

motiviert die Vorschrift damit, daß ein nicht volljähriger Handlungsgehilfe nicht in der Lage sei, die Tragweite der Konkurrenzklausel selbst in vollem Umfang zu würdigen, und daß andererseits ein derartig junger Gehilfe kaum so bald in der Lage sein werde, die berechtigten Interessen des Geschäftsinhabers durch die Thätigkeit in einem Konkurrenzbetriebe zu gefährden. Ob dieser Motivierungsgedanke ein durchaus richtiger ist und ob die Vorschrift den Handlungsgehilfen wirklich zum Segen ausschlagen wird, ist zu bezweifeln. Warum bei dem Rechtsgeschäft des Abschlusses eines Dienstvertrags mit Konkurrenzklausel die fehlende Erkenntnis des Minderjährigen nicht ebensogut wie bei tausend anderen, nicht minder wichtigen Rechtsgeschäften durch den für seine Handlungen haftbaren Vormund soll ergänzt werden können, ist nicht abzusehen, und ob die Prinzipale durch das absolute Verbot jeder Konkurrenzklausel sich nicht vielfach werden abhalten lassen, minderjährigen Handlungsgehilfen, und seien sie auch noch so tüchtig und strebsam, bessere Stellungen einzuräumen, das wird die Zukunft lehren.

Im Hinblick auf die bereits abgeschlossenen und in Geltung befindlichen Verträge wirft sich in erster Linie die Frage auf, ob die vom Gesetz angedrohte Nichtigkeit hinsichtlich aller am 1. Januar 1898 bereits bestehenden Verträge mit Minderjährigen ohne Weiteres Platz greift. Diese Frage ist angesichts des öffentlich rechtlichen Charakters der Vorschrift unzweifelhaft zu bejahen. Die nach dem 1. Januar 1898 aus ihren Stellungen ausscheidenden minderjährigen Handlungsgehilfen, gleichviel aus welchem Grund dieses Ausscheiden erfolgen möge, sind hinsichtlich etwaiger konkurrierender Thätigkeit durchaus frei und unbeschränkt.

Wie aber verhält es sich, wenn der Minderjährige einen mit nichtiger Konkurrenzklausel behafteten Dienstvertrag nach erreichter Großjährigkeit fortsetzt?

Da es sich um ein absolut nichtiges Geschäft handelt, das nicht einmal unter Mitwirkung des Vormunds giltig abgeschlossen und das deshalb auch nicht nachträglich durch Genehmigung des Vormunds giltig gemacht werden kann, so erscheint diese Nichtigkeit auch nicht heilbar, und die verbotene Vereinbarung nicht als sog. negotium claudicans:

Vergl.: Wächter, Württ. Privatr. II, S. 666 u. 667.
Mandry: Württ. Arch., XII, S. 37.
Lang: Personenrecht, § 6, Note 11.[1])

Hieraus folgt, daß auch eine Bürgschaft für die verbotene Konkurrenzklausel nicht eingegangen werden kann, was möglich wäre, wenn es sich um ein negotium claudicans handeln würde.

Vergl.: Wächter, l. c. zu Ziffer c,
Württ. Arch., Bd. XV, S. 155.

Es würde wohl auch der Zweck des Gesetzes in seiner Richtung auf absoluten Ausschluß der Konkurrenzklausel verfehlt sein, wenn eine dritte volljährige Person als Selbstzähler die Zahlung einer Konventionalstrafe für den Fall der Nichteinhaltung der Konkurrenzklausel durch den Minderjährigen rechtswirksam versprechen könnte. Denn der Gesetzgeber wollte durch die Bestimmung der absoluten Nichtigkeit sicherlich auch

---

[1]) Dieser Standpunkt wird auch in der neuen, erst nach Fertigstellung gegenwärtiger Abhandlung erschienenen Litteratur vertreten:
Staub: Supplement zur 5. Auflage des Kommentars zum Handelsgesetzbuch. Berlin, Heine's Verlag, 1897 (Erläuterung der Bestimmungen des neuen H. G. B. über die Handlungsgehilfen), § 74, Anm. 8. — Fuld: Das Recht der Handlungsgehilfen. Hanover, Helwing'sche Verlagsbuchhandlung, 1897, S. 95.

den moralischen Zwang ausschließen, der durch eine solche Verpflichtung des Dritten auf dem minderjährigen Handlungsgehilfen lasten würde.

Da hienach die von Hause aus absolut nichtige Vereinbarung nicht convalescieren kann, so liegt in der bloßen Fortsetzung des Dienstvertrags seitens des volljährig gewordenen Handlungsgehilfen keineswegs ohne Weiteres die Erklärung, daß er nunmehr die unerlaubt gewesene Konkurrenzklausel gegen sich gelten lasse.

Vergl. Wächter, l. c. II, S. 663.

Es muß vielmehr, da es an Stelle der dauernd nichtig bleibenden ursprünglichen Vereinbarung behufs Schaffung einer giltigen Klausel einer ganz neuen Vereinbarung bedarf, eine bestimmte Willenserklärung des Gehilfen in der gedachten Richtung gefordert werden; daß diese nicht absolut ausdrücklich ausgesprochen, sondern auch durch konkludente facta erklärt werden kann, versteht sich auf Grund der allgemeinen hierüber geltenden Rechtsnorm von selbst.[1])

## V.

Dem Fall der absoluten Nichtigkeit der Konkurrenzklausel, wie solche für Minderjährige vorgeschrieben ist, kommt hinsichtlich der Wirkung der in § 75, 1. Satz mit zwingender Vorschrift behandelte Fall gleich. Hienach kann der Prinzipal aus einer an sich giltigen Konkurrenzklausel keinerlei Ansprüche ableiten, wenn er durch vertragswidriges Verhalten dem Handlungsgehilfen Grund gegeben hat, das Dienstverhältnis gemäß

---

[1]) In durchaus gleicher Weise beurteilen sich die oben aufgeworfenen Fragen nach dem neuen bürgerlichen Gesetzbuch; vergl. §§ 134 und 141 des B. G. B. und hiezu Planck's Kommentar zum B. G. B., Berlin, Guttentag, S. 192.

den Vorschriften der §§ 70 und 71 ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu lösen; auch hier ist jede Vereinbarung, welche dieser Vorschrift zuwiderläuft, absolut nichtig.

Vergl. § 75, letzten Absatz.

Zunächst folgt aus der angeführten Bestimmung, daß der Prinzipal aus der Konkurrenzklausel, soweit sie ihrem Inhalt nach zu keiner Beanstandung Veranlassung giebt, die ihm zustehenden Ansprüche dann unbeschränkt geltend machen darf, wenn der Handlungsgehilfe in regulärer Weise seinen Dienst kündigt oder denselben verläßt, ohne daß ihm ein wichtiger berechtigender Grund gemäß §§ 70, 71 zur Seite steht.

Von Wichtigkeit ist nun aber die Untersuchung der Grenzlinie, welche für die Außerkraftsetzung der Konkurrenzklausel durch die Bezugnahme auf die Vorschriften der §§ 70 und 71 festgesetzt ist. Das Prinzip für das Recht zur vorzeitigen Auflösung des Dienstverhältnisses ist zwar in dem neuen Handelsgesetzbuch das gleiche geblieben wie bisher, insofern Prinzipal wie Handlungsgehilfen generell das Recht zugesprochen wird, aus wichtigen Gründen, deren Beurteilung dem freien Ermessen des Richters unterstellt ist, das Vertragsverhältnis zu lösen. Allein durch die in § 71 gegebene Exemplifizierung von wichtigen Gründen ist für den Handlungsgehilfen das Gebiet, innerhalb dessen er zur vorzeitigen Auflösung berechtigt wird, gegen früher nicht unwesentlich erweitert worden. Die Neuerung, daß der Handlungsgehilfe, wenn er zur Fortsetzung seiner Dienste unfähig wird, selbst zur vorzeitigen Lösung berechtigt ist, ebenso wie die, daß ihm unsittliche Zumutungen des Prinzipals oder die Verweigerung des Schutzes gegen Thätlichkeiten, erhebliche Ehrverletzungen oder unsittliche Zumutungen eines anderen Angestellten oder eines Familienangehörigen des Prinzipals einen berechtigten Grund zur Vertragslösung geben, fällt nicht erheblich ins Gewicht, wohl aber die Bestimmung,

daß die Nichterfüllung der Verpflichtungen, welche dem Prinzipal gemäß § 62 obliegen, generell zum wichtigen Lösungsgrund erhoben wird. Die Vorschrift des § 62 enthält durchaus neues Recht. Nach derselben muß der Prinzipal die Geschäftsräume, Betriebsvorrichtungen, Gerätschaften und die Arbeitszeit so einrichten, daß Gesundheit, gute Sitten und Anstand nicht gefährdet werden; im Fall der Aufnahme des Handlungsgehilfen in die häusliche Gemeinschaft tritt noch eine erhebliche Erweiterung der Fürsorgepflicht des Prinzipals ein, insofern alsdann hinsichtlich des Wohn- und Schlafraums, der Verpflegung, der Arbeits- und Erholungszeit diejenigen Einrichtungen zu treffen sind, die mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Handlungsgehilfen erforderlich sind. Diese Vorschriften samt und sonders können durch Vertrag nicht ausgeschlossen werden, sind publici juris und gelten deshalb rechtswirksam vom 1. Januar 1898 an.

Es darf nun nicht verkannt werden, daß alle diese Obliegenheiten des Prinzipals, aufgebaut auf allgemeinen Postulaten wie die der guten Sitten, des Anstands und der Religion, äußerst dehnbar sind; es wird deshalb Aufgabe der Praxis sein, hier auf Grund der Erfahrungen des täglichen Lebens die richtigen Grenzlinien zu ziehen. So viel aber steht fest, daß durch die generelle Heranziehung des § 62 zu den wichtigen Auflösungsgründen dem Gehilfen das Recht zur vorzeitigen Lösung in ganz außerordentlicher Weise erweitert und erleichtert worden ist. Für etwaige Bemängelungen der Arbeitsräume und Geschäftseinrichtungen, für die Auflehnung gegen etwas strenge Festsetzung oder öftere Ueberschreitung der Arbeitszeit und vollends hinsichtlich der in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen Gehilfen, für den Angriff gegen geschäftliche Anordnungen, welche die freie Zeit zu dem durch religiöse Satzung vorgeschriebenen Kirchenbesuch nicht gewähren,

sind durch das neue Gesetz Thür und Thor geöffnet. Wenn auch zuzugeben ist, daß das vorzeitige Kündigungsrecht des Handlungsgehilfen nicht schon bei jeder bloßen Unterlassung der Pflichten Platz greift, sondern nur bei Verweigerung der Erfüllung, so ist doch zu bemerken, daß die Weigerung keinen besonderen Grad der Hartnäckigkeit erreicht zu haben braucht, sondern daß schon die einfache Nichterfüllung der Schutzpflicht trotz Ansuchens um Einhaltung derselben als genügend erscheint.[1]) Will daher der Gehilfe der eingegangenen Konkurrenzklausel straflos entrinnen, so bietet ihm jetzt unter Umständen § 62 einen bisher nicht möglich gewesenen Ausweg.

## VI.

Der zweite Satz von Absatz 1 des § 75 setzt dem Fall, daß der Prinzipal durch vertragswidriges Verhalten dem Handlungsgehilfen Grund zur Auflösung gegeben, die einfache Kündigung von Seiten des Prinzipals gleich, aber unter zwei wesentlichen Einschränkungen:

Wenn für die Kündigung des Prinzipals ein erheblicher von ihm nicht verschuldeter Anlaß vorliegt oder wenn der Prinzipal dem Handlungsgehilfen während der Dauer der Beschränkung das zuletzt von ihm bezogene Gehalt fortzuzahlen bereit ist, bleibt die Konkurrenzklausel mit ihren zulässigen Wirkungen in Kräften.

Beide Fälle geben Veranlassung zur Erörterung verschiedener zweifelhafter Punkte. Vor allem ist darauf hinzuweisen, daß unter der Kündigung seitens des Prinzipals sowohl der Fall der regulären vertragsentsprechenden oder

[1]) Derselben Meinung ist Fuld, Das Recht der Handlungsgehilfen, S. 82.

gesetzlichen Kündigung als auch der Fall der Auflösung des Dienstverhältnisses ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist (§§ 70, 72 des H. G. B.) zu verstehen ist.

Die Kündigung des Prinzipals bleibt ohne Einfluß auf die Wirksamkeit der Konkurrenzklausel, wenn für sie ein erheblicher, vom Prinzipal nicht verschuldeter Anlaß vorliegt. Es fällt zunächst auf, daß der Gesetzgeber hier nicht wie im ersten Satz des § 75 die Fassung gewählt hat, daß die Klausel in Kraft bleibe, wenn der Prinzipal infolge vertragswidrigen Verhaltens des Gehilfen Grund habe, das Dienstverhältnis gemäß den Vorschriften der §§ 70, 72 aufzulösen. Aus den Motiven des Gesetzes sowie aus den Verhandlungen der gesetzgebenden Körper und des Handelstags läßt sich für die Wahl der Gesetzesworte nichts Bestimmtes entnehmen. Dieselben weisen aber m. Er. ohne Weiteres mit Sicherheit darauf hin, daß der erhebliche unverschuldete Anlaß gleichermaßen in Betracht kommen solle bei der regulären Kündigung, wie bei der Auflösung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist

> (anderer Meinung wie es scheint: Staub in der deutschen Juristenzeitung, II. Jahrgang, Nr. 17, S. 336)

und daß gerade deshalb im Gegensatz zum ersten Satz des § 75 die andere und zwar wesentlich weitere Fassung der Bestimmung gewählt worden ist. Die Frage, ob unter den Begriff des erheblichen unverschuldeten Anlasses die sämtlichen wichtigen Auflösungsgründe, die sich auf §§ 70 und 72 stützen, subsumiert werden müssen, wird bejaht werden dürfen.[1]) Als wichtigen Grund zur Berechtigung der Auflösung ohne Einhaltung der Kündigungsfrist wird das

[1]) Derselben Ansicht sind: Fuld, Das Recht der Handlungsgegehilfen, S. 96. — Staub, Supplement, S. 23 zu § 75, Z. 1b.

freie Ermessen des Richters auch schon bisher einen vom Prinzipal selbst verschuldeten kaum zugelassen haben, und so bliebe nur noch der Unterschied zwischen dem Wort wichtig und erheblich, der, wenn überhaupt festzustellen, den wichtigen Grund gegenüber dem erheblichen Anlaß als das majus erscheinen läßt.

Das Novum in der Exemplifikation der wichtigen Gründe durch § 72, daß eine Verhinderung des Gehilfen durch eine acht Wochen übersteigende militärische Uebung an der Verrichtung seiner Dienste dem Prinzipal das vorzeitige Auflösungsrecht giebt, könnte unter Umständen zu Bedenken Veranlassung geben, insofern in einer hierauf gestützten Auflösung mit Fortdauer der Konkurrenzklausel möglicherweise eine unbillige Härte zu finden wäre; allein dieses Bedenken scheidet deshalb vollständig aus, weil die Neugestaltung des § 72 die als Beispiele angeführten Gründe als wichtig nur gelten läßt, sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen. Der Richter, der hienach die Dauer der militärischen Uebung als Auflösungsgrund zuläßt, wird dieselbe den Umständen nach für so erheblich halten, daß auch die Fortwirkung der Konkurrenzklausel für den Gehilfen als billig erscheint.

Ist auf Grund des Vorstehenden nach der einen Seite hin als feststehend anzusehen, daß die wichtigen Gründe der §§ 70 und 72 ausnahmslos einen erheblichen unverschuldeten Kündigungsanlaß des Prinzipals in sich schließen, so ist nach der anderen Seite hin festzustellen, daß für die reguläre Kündigung ein erheblicher unverschuldeter Anlaß genügt, ohne daß dieser den zur Berechtigung der vorzeitigen Auflösung erforderlichen Grad der Wichtigkeit erreicht zu haben braucht. Es werden z. B. auch leichtere Ehrverletzungen des Prinzipals, die zur Auflösung ohne Einhaltung der Kündigungsfrist gemäß § 72, Ziff. 4 nicht ausreichend wären, eine genügend

erhebliche unverschuldete Veranlassung zur regulären Kündigung bilden können, ebenso wie fortgesetzte erhebliche Mängel der Leistungen der Gehilfen zu einem erheblichen unverschuldeten Kündigungsgrund ausreichen werden; selbstverständlich aber ist hiebei, daß durchweg dem Prinzipal die volle Beweislast obliegt.[1])

Der Prinzipal, der, ohne einen erheblichen unverschuldeten Anlaß zu haben, kündigt, kann sich die Aufrechterhaltung der Konkurrenzklausel erkaufen dadurch, daß er während der Dauer der Beschänkung dem Handlungsgehilfen das zuletzt von demselben bezogene Gehalt fortzahlt. Diese Bestimmung, die, wie oben dargethan, weder im ersten noch im zweiten dem Reichstag vorgelegten Entwurf enthalten war und welche in der Denkschrift zum ersten Entwurf regierungsseitig als unzweckmäßig abgelehnt wurde,[2]) verdankt ihre Existenz offenbar

---

[1]) Ebenso Fuld, Das Recht der Handlungsgehilfen, S. 96.

[2]) Vgl. Mugdan, Materialien, S. 241. „Von anderen Seiten ist empfohlen worden, die Verbindlichkeit der Konkurrenzklausel von der Voraussetzung abhängig zu machen, daß dem Gehilfen eine besondere Vergütung für die Beschränkung, der er sich unterwirft, gewährt werde; namentlich wird in dieser Richtung vorgeschlagen, daß der Prinzipal auch nach Beendigung des Dienstverhältnisses einen gesetzlich bestimmten Teil des Gehalts weiter zu bezahlen habe, solange das Verbot dauere. Der Vorschlag übersieht aber, daß die Höhe der Nachteile, die dem Gehilfen aus dem Verbot erwachsen, in erster Linie von dem Umfange der Beschränkungen abhängt, denen er durch dasselbe unterworfen wird. Mit Rücksicht hierauf kann das Gesetz, ohne die Forderungen der Gerechtigkeit zu verletzen, nicht eine Ausgleichung vorschreiben, bei welcher das von dem Gehilfen im Dienste des betr. Prinzipals bezogene Gehalt den ausschließlichen Maßstab bildet. Zudem würden die fortdauernden Leistungen, welche eine derartige Regelung dem Prinzipal auferlegt, den kleineren Gewerbetreibenden die Möglichkeit entziehen, vom Konkurrenzverbot auch innerhalb derjenigen Grenzen Gebrauch zu machen, in denen es berechtigt und zum Schutze ihrer Interessen geboten erscheint."

der von verschiedenen Handelskammern ausgegangenen Anregung,

vergl.: Verhandlungen des XXIII. Deutschen Handelstages vom 15. und 16. Oktober 1896, S. 22,

welcher sodann die Kommission des Reichstages durch Formulierung des zweiten Satzes des § 75 in seiner jetzigen Fassung Rechnung getragen hat, von der Erwägung ausgehend, daß dem Prinzipal, dem an der Konkurrenzklausel viel gelegen ist und der sich möglicherweise durch fortgesetzte kleine Chikanen des Gehilfen zur Kündigung gezwungen sieht, ohne gerade einen erheblichen unverschuldeten Grund nachweisen zu können, durch diese Festhaltung der Klausel gegen Zahlung geholfen werden könne.

Vergl.: Kommissionsbericht bei Mugdan, Materialien, S. 569.

Es kann hienach der Prinzipal durch Fortgewährung der Gehaltszahlung während der Dauer der Beschränkung die Klausel rechtswirksam aufrechterhalten; daß hinsichtlich der Dauer der Beschränkung die in § 74, 2. Absatz festgesetzte Maximalgrenze von 3 Jahren auch hier Platz greift, ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, scheint mir aber zweifellos zu sein.

Vergl. auch Kommissionsbericht bei Mugdan, Materialien, S. 569.

Von Interesse ist die Untersuchung der bisher nirgends, insbesondere auch nicht von den gesetzgebenden Faktoren aufgeworfenen Frage, ob der Prinzipal bei der Kündigung die freie Wahl hat, die Dauer der Beschränkung bis zum gesetzlichen Maximum von 3 Jahren beliebig festzustellen, ob er verpflichtet ist, in dieser Richtung sofort bei der Kündigung eine bestimmte Erklärung abzugeben, ob er die ursprünglich ins Auge gefaßte Frist beliebig ändern kann, und wie es sich verhält, wenn er bei der Kündigung lediglich erklärt, er halte

die Klausel durch Gehaltszahlung gemäß § 75 aufrecht, bezüglich der Dauer der Beschränkung aber gar keine Erklärung abgiebt.

Der Wortlaut des Gesetzes giebt für die Auslegung keine irgendwie sichere Handhabe; folgende Sätze werden sich rechtfertigen lassen:

a) Setzt die Konkurrenzklausel des Vertrags eine kürzere als dreijährige Dauer fest, so kann auch durch Erbieten der Gehaltsfortzahlung die Frist über die vertragsmäßige Zeit nicht verlängert werden.

b) Umgekehrt aber wird mittels des Arguments, daß das Größere das Kleinere in sich schließt, der Prinzipal gleich bei der Kündigung erklären können, daß er die Fortdauer des vertragsmäßigen Konkurrenzverbots gegen Gehaltsfortzahlung nur auf eine kleinere als die vertragsmäßig vorgesehene Zeit verlange.

c) Der Prinzipal kann nicht beliebig während der Dauer der Beschränkung unter Verzicht auf dieselbe mit der Gehaltszahlung plötzlich aufhören. Er muß mindestens die im Dienstvertrag oder gesetzlich vorgeschriebene Zeit für die Kündigung einhalten, hierauf hat der Gehilfe einen berechtigten Anspruch aus demselben Grund, aus welchem er während der Dauer des Dienstverhältnisses Anspruch auf Einhaltung der Kündigungsfrist hat. Die analoge Anwendung der erwähnten Kündigungsfrist erscheint gerechtfertigt, da in Wirklichkeit das Rechtsverhältnis während der Beschränkungsdauer bei Fortzahlung des Gehalts sich als nichts anderes darstellt, denn als die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unter Verzicht des Prinzipals auf die Dienste des Gehilfen.

d) Diese Einhaltung der Kündigungsfrist gemäß Ziff. c.

erscheint gerechtfertigt nicht bloß für den Fall, daß der Prinzipal bei der Kündigung nur erklärt, die Klausel durch Gehaltsfortzahlung aufrecht erhalten zu wollen, ohne bezüglich der Dauer der Beschränkung eine Erklärung abzugeben, sondern zu dieser Kündigung erscheint der Prinzipal aus den zu Ziff. c. ausgeführten Gründen auch dann berechtigt, wenn er zunächst bei der Kündigung gegen Gehaltsfortzahlung die Fortdauer der Klausel auf bestimmte Zeit verlangt hat (Fall Ziff. b.); die Aufhebung der Klausel mit vertragsentsprechender bezw. gesetzlicher Kündigungsfrist muß dem Gehilfen stets erwünschter sein, als die Fortdauer der Beschränkung mit Gehaltszahlung.[1])

Nicht mit Unrecht ist weiterhin schon die Frage aufgeworfen worden, was unter Gehalt zu verstehen sei:

Vergl.: Staub, Deutsche Juristenzeitung, l. c.

Aus den Gesetzesmaterialien läßt sich in dieser Richtung so gut wie nichts entnehmen; es ist nur darauf hinzuweisen, daß diejenigen, welche die in Frage stehende Bestimmung zuerst in Vorschlag brachten, nur die Fortgewährung von Teilen des Gehalts im Auge hatten,

vergl.: Verhandlungen des XXIII. Deutschen Handelstages l. c., Mugdan, Materialien, S. 504

---

[1]) Anderer Meinung ist Fuld: Das Recht der Handlungsgehilfen, S. 97. Derselbe nimmt an, daß der Prinzipal, wenn er sich einmal zur Fortzahlung des Gehalts für die Dauer der Sperrzeit erklärt habe, hieran auch gebunden sei, daß dagegen andererseits, wenn eine solche Erklärung nicht abgegeben, es in dem freien Belieben des Prinzipals stehe, ohne Weiteres die Fortzahlung jeder Zeit einzustellen. Beide ohne nähere Begründung aufgestellten Sätze scheinen mir aus den oben angeführten Gründen nicht stichhaltig zu sein.

während der Kommissionsbericht bei der Motivierung der fraglichen Bestimmung davon spricht, der Prinzipal solle die Möglichkeit haben, dem Gehilfen unverkürzt sein Gehalt weiter zu zahlen und die Konkurrenzklausel aufrecht zu erhalten.

Staub nimmt an, unter Gehalt sei nicht bloß wörtlich das Gehalt des Handlungsgehilfen, sondern überhaupt der Betrag gemeint, wie er den letzten Bezügen des Gehilfen gleichkomme, welche auch in Provision und Tantièmen bestehen können.[1]) Ich halte eine derart über das Wort hinausgehende Auslegung nach Lage der Umstände nicht für gerechtfertigt. Nachdem einmal der Gesetzgeber ganz bestimmt das Wort „Gehalt" gewählt hat und da diesem Wort eine an sich unbestrittene Bedeutung, nämlich die eines festen Lohnbezugs zukommt, so scheint es mir nach den Regeln der Gesetzesinterpretation nicht zulässig zu sein, dem Wort Gehalt ohne Zwang einen derartig erweiterten Umfang zu geben; dies um so weniger, als Tantièmen und Provisionen als Nebenbezüge sogar in einem gewissen Gegensatz zum Gehalt als dem festen Hauptbezug stehen. Auch die Entstehungsgeschichte und der Zweck der gesetzlichen Bestimmung ergiebt keineswegs die Notwendigkeit, unter Gehalt auch die genannten Nebenbezüge zu begreifen.

Von Hause aus war, von dem Gesichtspunkt ausgehend, daß der Handlungsgehilfe auch während der Sperrzeit in einem anderen Handelszweig als dem verbotenen durch Dienstleistungen sich etwas verdienen könne, nur ein Bruchteil des Gehalts vorgeschlagen; wenn hienach der Gesetzgeber angesichts der von ihm gewählten Gesetzesfassung weiterging und die Fortzahlung des ganzen Gehalts zur Voraussetzung der Auf-

---

[1]) Vergl. Staub, Supplement, S. 23; derselben Ansicht ist auch Dr. L. Moses, Das Recht der Handlungsgehilfen, Breslau, Verlag von M. u. H. Markus, aber ohne jede nähere Begründung.

rechterhaltung der Konkurrenzklausel machte, hiebei aber der so vielfach als Nebenbezüge vorkommenden Tantième und Provision nicht gedachte, so muß man an eine Absichtlichkeit dieser Unterlassung denken, welche damit wohl begründet werden kann, daß Tantième und Provision meist Anteilsinteressen auf Grund der positiven Geschäftsthätigkeit bilden, welche beim Wegfall der Thätigkeit von selbst cessieren. Hätte der Gesetzgeber mit dem Wort „Gehalt“ einen weiteren nicht in dem Wort enthaltenen Begriff im Auge gehabt, so ist nicht abzusehen, warum er sich nicht des in § 59 angewendeten Tantième, Provision, Gratifikation u. dergl. mitumfassenden Wortes „Vergütung“ bedient hat.

Wenn die Entlohnung des Handlungsgehilfen, was manchmal, wenn auch selten, vorkommt, nur in Tantième, Provision oder Gewinnbeteiligung besteht, so liegt die Sache insofern anders, als hier eben diese Art der Entlohnung an Stelle des Gehalts tritt; sofern also Tantième, Provision u. dergl. nicht als Nebeneinkünfte sich darstellen, sondern das Surrogat des Gehalts bilden, muß notwendigerweise, um der in Frage stehenden gesetzlichen Bestimmung Fleisch und Blut zu geben, die Substitution dieser Bezüge eintreten.

Ist die vorstehende Auslegung richtig, so ist wenigstens Raum für eine dispositive Entscheidung des Prinzipals im Anstellungsvertrag dahin, daß im Fall Eintritts des § 75, Absatz 1, letzter Satz in den Gehalt die Tantièmen oder sonstigen Nebenbezüge nicht einzurechnen seien; eine Bestimmung, die im Falle der Richtigkeit der Staub'schen Ansicht gemäß Abs. 3 des § 75 nichtig wäre.

## VII.

Soweit nach dem Vorstehenden die Konkurrenzklausel überhaupt eine Wirkung zu entfalten vermag, unterliegt sie

überdies nach § 74 des neuen Handelsgesetzbuches ihrem Inhalte nach einer ganzen Reihe von Beschränkungen. Die Klausel ist nur insoweit giltig, als die Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreitet, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Gehilfen ausgeschlossen wird. Mit dieser Regelung glaubt der Gesetzgeber die Mißbräuche, die zur Zeit hinsichtlich des Inhalts der Konkurrenzklauseln getrieben werden, zu beseitigen:
Vergl. Denkschrift zum Entwurf, Mugdan, Materialien, S. 242.

Ob dieser Zweck durchaus erreicht wird, werden die folgenden Erörterungen zeigen; keinesfalls aber ist, wie bei der zweiten Beratung des Gesetzes im Plenum des Reichstags von verschiedener Seite ausgesprochen worden ist, „das richterliche Ermessen in allen denjenigen Fällen, in denen überhaupt eine Klausel zulässig ist, freiwaltend“ oder die Konkurrenzklausel schlechthin ungiltig, soweit sie dem Handlungsgehilfen unbilligerweise in seinem Fortkommen hinderlich ist:

Vergl. Mugdan, Materialien, S. 691 und 693.

Dem Spielraum des Richters in der Beschneidung der Konkurrenzklausel sind vielmehr durch das Gesetz selbst wiederum bestimmte unüberschreitbare Grenzlinien nach oben und unten gezogen. Die Beschränkung soll das Fortkommen des Handlungsgehilfen nicht unbillig erschweren, sie soll deshalb nach Zeit, Ort und Gegenstand ein den unterliegenden Umständen entsprechendes Maß einhalten.

Hinsichtlich der Zeit ist durch das Gesetz das freie Ermessen des Richters beschränkt worden, insofern als nach dem dem Entwurf neu hinzugefügten Abs. 2 des § 74 die Beschränkung auf einen Zeitraum von mehr als drei Jahren, von der Beendigung des Dienstverhältnisses an gerechnet, überhaupt nicht erstreckt werden darf, mag der Fall geartet sein wie er wolle. Der Zeitrahmen, innerhalb dessen der Richter

das zulässige Strafmaß der Konkurrenzklausel zu ermitteln hat, geht daher von einem Tag bis zu drei Jahren.

Hinsichtlich des Orts und des Gegenstands unterliegt die Festsetzung der Billigkeitsgrenze dem freien Ermessen des Richters; ob es sich im einzelnen Fall rechtfertigen läßt, die Konkurrenzthätigkeit räumlich unbegrenzt oder nur im Umkreis von einem Kilometer zu untersagen, ob nur ein kleiner Handelszweig oder ganze Gruppen von solchen von der Klausel umfaßt werden dürfen, das fällt in die Aufgabe des richterlichen Ermäßigungsrechts.

Dagegen scheint es mir, nachdem einmal für die richterliche Ermäßigungsbefugnis durch die Heranziehung der festen Begriffe Zeit, Ort und Gegenstand selbst wieder Schranken aufgestellt worden sind, nicht zulässig zu sein, daß der Richter über diese hinaus Einschränkungen vornehmen darf. Wenn z. B. die Klausel, was überaus häufig der Fall ist, hinsichtlich der Art der Thätigkeit festsetzt, der Gehilfe habe sich jeder Konkurrenzthätigkeit zu enthalten, hienach weder selbst ein Geschäft zu gründen, noch sich an einem solchen in irgend welcher Form zu beteiligen, noch für ein solches irgendwelche Dienste zu leisten, so kann der Richter m. Er. an dieser Festsetzung nichts abändern, d. h. vermindern, sofern nur die verbotene Konkurrenzthätigkeit hinsichtlich des Orts, der Zeit und des Gegenstands das erforderliche Maß einhält.

Weiterhin wird aus dem Wortlaut des Gesetzes nur ein Ermäßigungsrecht des Richters abzuleiten sein, nicht aber das Recht, je nach der Sachlage die ganze Konkurrenzklausel, weil unbillig, für ungiltig zu erklären, wie dies Staub annimmt. Vergl.: Staub, Deutsche Juristenzeitung l. c., S. 336.[1])

[1]) Staub, Supplement S. 22 zu § 74, Z. 3, Anm. 8, hält zwar auch dort diese Ansicht aufrecht, ist aber im übrigen der m. Er. richtigen Meinung, daß, abgesehen von dem Vertrag mit einem Minderjährigen, bei einem Verstoß der Konkurrenzklausel gegen die gesetzlichen

Die hier vertretene Ansicht hat ihre Stütze insbesondere auch darin, daß das Gesetz nunmehr die Fälle schon besonders gekennzeichnet hat, in welchen die Konkurrenzklausel nichtig ist oder in welchen gar keine Ansprüche aus derselben abgeleitet werden dürfen. Nachdem generell die Konkurrenzklausel hinsichtlich der Minderjährigen ungiltig und in den Fällen für wirkungslos erklärt ist, wenn der Gehilfe gerechten Anlaß zur vorzeitigen Auflösung hatte oder die Kündigung seitens des Prinzipals unberechtigter Weise erfolgt ist, so war im Rahmen des § 74 für ein vollständiges Außerkraftsetzen der Klausel kein Bedürfnis mehr vorhanden.

Ganz unzweifelhaft ist, daß der Dienstvertrag, wenn auch die Konkurrenzklausel das zulässige Maß überschreitet, im übrigen in seiner Giltigkeit nicht berührt wird; dies folgt schon mit aller Sicherheit daraus, daß nach vorstehender

---

Erfordernisse des § 74 nicht Nichtigkeit der Abrede vorliegt, sondern daß dieselbe eben „nur insoweit verbindlich" sei, als die Grenzen der Billigkeit nicht überschritten werden.

Dieselbe Ansicht hat schon hinsichtlich des ersten Entwurfs Gierke in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 45 S. 470, ausgesprochen, allerdings hat derselbe zur Beseitigung etwaiger Zweifel noch größere Deutlichkeit der Gesetzesworte verlangt. M. Er. ist durch die Formulirung „nur insoweit verbindlich" jeder Zweifel ausgeschlossen. Es war auch die einstimmige Ansicht der Kommission, daß eine zu weit gehende Vertragsbestimmung nach dem Sinne der Vorlage nicht den ganzen Vertrag nichtig mache, sondern nur die Einschränkung herbeiführe. (Vergl. Kommissionsbericht bei Mugdan, Materialien, S. 566). An dieser Stelle hat sich die Kommission im Gegensatz zu der oben vertretenen Anschauung allerdings auch dahin ausgesprochen, daß der Richter je nach der Sachlage auch in der Lage sei, die ganze Klausel für ungiltig, weil unbillig, zu erklären.

Die von Fuld, l. c. S. 94 vertretene gegenteilige Ansicht erscheint mir nicht haltbar.

Ansicht in den Fällen des § 74 nicht einmal die Konkurrenzklausel ganz für ungiltig erklärt, sondern nur moderiert werden kann.

Vergl. auch Staub, Deutsche Juristenzeitung l. c.

Hiebei mag auf einen bedenklichen Umstand aufmerksam gemacht werden, der mir den durch § 74 zu Gunsten der Gehilfen geschaffenen Schutz in seiner Totalität wesentlich zu mindern scheint. Der Gehilfe muß, wenn er sich einmal im Vertrag auf die zu scharfe Konkurrenzklausel eingelassen hat, seine Beschwerde im Klageweg verfolgen und kann erst durch den Richter die berechtigten Grenzen festsetzen lassen.

Dieser Streit wird naturgemäß erst bei Beendigung des Dienstverhältnisses, wenn der Gehilfe sich durch die eingegangene Klausel in seinem Fortkommen behindert fühlt, ausbrechen; eine an sich wohl zulässige Feststellungsklage während der Dauer des Dienstverhältnisses wird sicherlich zu den größten Seltenheiten gehören. Wer wagt es nun, bei der elastischen Natur der Bestimmungen des § 74, dem Gehilfen, sofern nicht krasse Ueberschreitungen vorliegen, die Zulässigkeitsgrenze zu ziehen! Will also der Gehilfe die Konventionalstrafe nicht ganz oder teilweise riskieren, oder will er, wenn eine solche nicht versprochen ist, nicht der fatalen Situation ausgesetzt sein, eventl. seine neue Thätigkeit einstellen zu müssen, so muß er gerade während der kritischen Zeit den Ausgang des Prozesses abwarten und sich innerhalb dieser Zeit an die Klausel halten mit dem nicht sehr tröstlichen Ausblick, im Falle seines Obsiegens den ihm zugegangenen meist schwer liquidierbaren Schaden beizutreiben. Dem an sich außerordentlich wertvollen und heiß erkämpften Ermäßigungsrecht fehlt es daher erheblich an praktischer Lebenskraft.

## VIII.

Hinsichtlich der Folgen der Uebertretung der Konkurrenzklausel ist durch das neue Handelsgesetzbuch § 75 Absatz 2 eine sehr erhebliche Einschränkung zu Gunsten der Gehilfen eingeführt worden. Enthält die Konkurrenzklausel, wie dies in der Praxis meist der Fall ist, ein Konventionalstrafversprechen, „so kann der Prinzipal nur die verwirkte Strafe verlangen, der Anspruch auf Erfüllung oder auf Ersatz eines weiteren Schadens ist ausgeschlossen.“

Der erste Entwurf des neuen Handelsgesetzbuches enthielt diese Bestimmung noch nicht, man hielt sie nicht für erforderlich, weil das ergänzend Platz greifende Bürgerliche Gesetzbuch in § 340 Absatz 1 bereits eine ähnliche Vorschrift enthält.[1]) Da letztere aber nur dispositiver Natur ist und durch Vertrag abgeändert werden kann, so hielt man es für angezeigt, die entsprechende Vorschrift noch besonders in das Handelsgesetzbuch aufzunehmen, damit derselben alsdann durch den letzten Absatz des § 75 zwingende Bedeutung verschafft werden könne.

Vergl.: Denkschrift zum Entwurf, Mugdan, Materialien, S. 243.

Hienach wäre die Absicht des Gesetzgebers materiell nicht weitergegangen, als das Begehren von Erfüllung und Konventionalstrafe nebeneinander mit zwingender Vorschrift auszuschließen.

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch soll der Gläubiger wie

---

[1]) § 340 Absatz 1 lautet: Hat der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, daß er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe statt der Erfüllung verlangen. Erklärt der Gläubiger dem Schuldner, daß er die Strafe verlange, so ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen.

bisher im Zweifel entweder Erfüllung oder Strafe verlangen können; verlangt er aber letztere, so soll der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen sein. Nicht ganz identisch mit dieser Bestimmung war die unter anderem auf dem Deutschen Handelstag vorgeschlagene Fassung:

„Mit der Zahlung des Strafgelds erlischt jede Beschränkung der gewerblichen Thätigkeit des Handlungsgehilfen.“

Vergl. Verhandlungen des XXIII. Deutschen Handelstags S. 23.

Nach diesem Vorschlag hätte sich der auf Erfüllung verklagte Gehilfe, wenn in der Konkurrenzklausel eine Konventionalstrafe bestimmt war, durch Zahlung der Strafe befreien dürfen; das Wahlrecht des Prinzipals wäre weggefallen, aber nur durch effektive Zahlung der Strafe.

Man muß annehmen, daß dieser Gedanke dem Gesetzgeber bei der Redaktion des jetzigen Absatzes 2 des § 75 vorgeschwebt; so wie er ihn aber nunmehr und zwar ganz positiv zum Ausdruck gebracht hat, kann der Prinzipal von vornherein, wenn in der Konkurrenzklausel ein Konventionalstrafversprechen enthalten ist, gar nicht auf Erfüllung klagen, sondern er kann überhaupt nur die Strafe einklagen. Nach der jetzigen Fassung des Gesetzes kann der Prinzipal nicht einmal alternativ auf Erfüllung oder auf Zahlung der Strafe und er kann auch nicht eventl. klagen derart, daß der Gehilfe, falls er nicht die Strafe zahle, zu erfüllen habe!

Der Prinzipal ist, wenn die Klausel ein Strafversprechen enthält, absolut gezwungen, auf die Strafe zu klagen, auch wenn er vorher weiß, daß der Gehilfe, was außerordentlich häufig der Fall ist, nicht im Stande ist, die Strafsumme zu zahlen.

Diese m. Er. verfehlte Redaktion des Gesetzes, die merkwürdigerweise keinem der gesetzgebenden Faktoren aufgefallen ist und offenbar auch bei Staub,

vergl. Deutsche Juristenzeitung l. c. S. 336,

keinen Anstoß erregt hat,[1]) wird nun zwar zur ersten Folge haben, daß der Prinzipal sich noch schlechter stellt, als es vom Gesetzgeber eigentlich gewollt ist.

Aber sobald einmal die weittragendere Bedeutung dieser Bestimmung bekannt ist, wird sich der Prinzipal, wenn der Gehilfe nicht absolut solvent ist oder bei Eingehung des Vertrags für die Konventionalstrafe nicht einen Bürgen zu stellen vermag, vor dieser Bestimmung dadurch schützen, daß er im Dienstvertrag bei der Festsetzung der Konkurrenzklausel die Strafstipulation einfach wegläßt. In diesem Fall hat der Prinzipal ganz zweifellos das Recht, auf Erfüllung und auf Ersatz des ihm durch die Nichterfüllung zugegangenen Schadens zu klagen. Sieht sich aber der Gehilfe der Gefahr ausgesetzt, demnächst die Konkurrenzthätigkeit einstellen zu müssen, so ist er meist sehr geneigt, sich von dieser unbequemsten Eventualität freizukaufen, und wird so freiwillig dem Prinzipal vielleicht eine höhere Strafe anbieten, als sie auf Grund Gesetzes vom Richter für zulässig befunden worden wäre.

Ich bin daher der Meinung, daß die am meisten zum Schutz der Gehilfen bestimmt gewesene Stelle des Gesetzes in der Praxis recht sehr zum Unsegen der Gehilfen ausschlagen wird.

Der Schlußsatz des 2. Absatzes von § 75 bestimmt endlich noch, daß die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Herabsetzung einer unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe unberührt bleiben. Die betr. Bestimmung ist enthalten in § 343 des Bürgerlichen Gesetzbuches, und es hat sich nun an-

---

[1]) Auch bei Staub, Supplement, und bei Fuld in der mehrfach zitierten Schrift findet sich keine Beanstandung der betr. gesetzlichen Bestimmung; Dr. L. Moses, Das R. der Handlgsgeh., S. 21, betont wenigstens den absoluten Ausschluß des Wahlrechts.

gesichts der vorzeitigen Inkraftsetzung der Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs hinsichtlich der Handlungsgehilfen die Streitfrage erhoben, ob in der Zwischenzeit vom 1. Januar 1898 bis 1. Januar 1900, dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs, innerhalb welcher das Letztere noch nicht gilt, das richterliche Ermäßigungsrecht des § 75 schon vom 1. Januar 1898 an Platz greifen könne. Ich bin zwar mit Staub

— vergl.: l. c., S. 336 —

der Ansicht, daß, im Gegensatz zu der in § 62 des Handelsgesetzbuchs erfolgten, eine vorzeitige partielle Geltung bewirkenden Heranziehung verschiedener Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, durch den bloßen Hinweis des „unberührt bleibens“ § 343 für das Handelsgesetzbuch keine vorzeitige Geltung erlangt;

vergl. auch Holdheim'sche Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, VI. Jahrg., Nr. 8, S. 234 fgg., woselbst die gegenteilige Ansicht vertreten ist, —

allein ich halte die Entscheidung der aufgeworfenen Frage um deswillen für müssig, weil m. Er. das Ermäßigungsrecht auch hinsichtlich der Strafe sich ohne Weiteres aus § 74 ergiebt und § 75, Absatz 2 letzter Satz, lediglich ein superfluum enthält. Ist in der Konkurrenzklausel eine Beschränkung enthalten, die nach Zeit, Ort und Gegenstand die durch billige Rücksicht auf das Fortkommen des Gehilfen gesetzten Grenzen überschreitet, und ist in dieser Klausel gleichzeitig eine Strafe bestimmt, so hat m. Er. der Richter mit der Festsetzung der Erfüllungsgrenzen auch die Befugnis und die Pflicht, das Korrelat des Strafversprechens in die durch die Billigkeit gebotene Grenzlinie einzuweisen.

Derselben Ansicht war von Hause aus offenbar auch der

Verfasser der betr. Gesetzesstelle, denn die Denkschrift sagt mit Bezug auf dieselbe:

> „Außerdem finden die Vorschriften des § 343 des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Befugnis des Gerichts zur Herabsetzung einer unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe Anwendung. Im Entwurf ist hierauf noch besonders hingewiesen, um dem Mißverständnisse vorzubeugen, als ob das richterliche Ermessen sich nur gemäß § 73, in Ansehung des Umfanges der dem Handlungsgehilfen auferlegten Beschränkung, nicht auch in Ansehung der Höhe der für den Fall einer Zuwiderhandlung bedungenen Strafe bethätigen könne."
>
> Vergl.: Mugdan, Materialien, S. 243.

## IX.

Wie oben mehrfach betont, sind die neuen Vorschriften über die Konkurrenzklausel mit zwingendem Charakter ausgestattet worden, so daß dieselben auch durchweg in die am 1. Januar 1898 bereits bestehenden Verträge eingreifen.[1])

---

[1]) Vergl.: Staub, Supplement, S. 22 u. 24, zu § 74 Anm. 10, zu § 75 Anm. 8; — Fuld, Das Recht der Handlungsgehilfen, Einleitung, S. 11 bis 16. —

In dem erst nach Drucklegung gegenwärtiger Abhandlung erschienenen Werk:

Horrwitz: Das Recht der Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge vom 1. Jan. 1898 ab, Berlin, Heine's Verlag, 1897, wird die gegenteilige Meinung vertreten. Horrwitz ist der Ansicht, daß für die vor dem 1. Jan. 1898 vereinbarten Konkurrenzklauseln das bisherige Recht weiter gelte und daß die zwingenden Vorschriften des neuen H. G. B. auf die am 1. Jan. 1898 bereits bestehenden Rechtsverhältnisse keine Anwendung finden, vergl. l. c. S. 6—8 u. S. 118 fgg.; er gelangt zu dieser Meinung durch Unterscheidung

Wird das Dienstverhältnis stillschweigend fortgesetzt, so muß hieraus das Einverständnis beider Teile abgeleitet werden dahin, daß der alte Vertrag unter Wegfall bezw. Modifikation der gesetzlich unzulässigen Bestimmungen weiter bestehen soll. Von großer Erheblichkeit aber wird die Frage, ob der Prinzipal berechtigt ist, am 1. Januar 1898 wegen Wegfalls oder Minderung der Konkurrenzklausel von dem unter dem früheren Recht abgeschlossenen Vertrag zurückzutreten.

Staub am angeführten Ort, vergl. „Deutsche Juristenzeitung", S. 336,[2]) verneint die Berechtigung absolut. Ich bin der Meinung, daß zu unterscheiden ist: Hat die Stipulation der Konkurrenzklausel, was nachzuweisen dem Prinzipal obliegen wird, eine wesentliche Voraussetzung des Abschlusses des ganzen Vertrags gebildet, was wohl dann der Fall sein wird, wenn gegen Eingehung einer sehr scharfen Konkurrenzklausel besondere Aequivalente gewährt worden sind, so halte ich den Prinzipal auf Grund der allgemeinen Ver-

---

von „öffentlich rechtlichen d. h. polizeilichen Vorschriften u. sog. zwingenden Gesetzesnormen", indem er zu den ersteren nur rechnet die Vorschriften der §§ 62, 76 Abs. 2—4 u. Abs. 1, insoweit letzterer auf § 62 Bezug nimmt, ferner §§ 81 u. 82. Die Auffassung, als ob nur sog. polizeiliche Vorschriften öffentlich rechtlich seien, kann nicht als richtig gelten; eine Rechtsnorm, welche aus Gründen des öffentlichen Interesses des Staats an dem Wohl und Wehe der Handlungsgehilfen aufgestellt worden ist, muß zu den öffentlich rechtlichen gerechnet werden. Ueberdies aber ist aus der ganz allgemeinen Fassung der Gesetzesworte: „Vereinbarungen, welche diesen Vorschriften zuwiderlaufen, sind nichtig", ohne Weiteres abzuleiten, daß der Gesetzgeber diese Bestimmung mit zwingender Kraft auf alle Vereinbarungen, schon bestehende oder erst in Existenz tretende, bezogen hat.

Vergl. gegen Horrwitz insbes. Fuld l. c. S. 15 u. Entsch. des R. G. R. Band XXII, Nr. 1.

[2]) Siehe auch Staub, Supplement, S. 24, zu § 75 Anm. 8.

tragsaufhebungsgründe des Civilrechts, welche auch beim Dienstvertrag Platz greifen, zur Vertragsaufhebung berechtigt.

Ist z. B. dem Gehilfen in Rücksicht auf die eingegangene scharfe Konkurrenzklausel eine besonders lange Vertragsdauer mit außergewöhnlich hohem Gehalt — 20,000 Mark auf 15 Jahre — gewährt worden, damit er in dem hohen, während der langen Vertragszeit gewährten Gehalt ein Aequivalent für die etwaige künftige, durch das Platzgreifen der Konkurrenzklausel bedingte Unthätigkeit finde, so wäre es dem ursprünglichen Vertragswillen absolut zuwiderlaufend, den Prinzipal einseitig gebunden zu halten, wenn das die wesentliche Voraussetzung gerade dieser Bindung bildende Aequivalent in Wegfall gerät.

In Zusammenfassung der Ergebnisse der vorstehenden Abhandlung wird zu konstatieren sein, daß auch die Konkurrenzklausel des neuen Rechts eine Fülle von Streitfragen übrig läßt, und daß sie gegenüber dem bisherigen Recht zwar vielfach mit wirksamen Einschränkungen ausgestattet, in wesentlichen Hauptpunkten aber ihren Zweck nicht oder nur unvollkommen erreichen wird.